

EG Art. 12, 49; Richtlinie 77/249/EWG Art. 4, 5

1. Die Art. 49 EG und 50 EG sowie die Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte sind dahin auszulegen, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel nicht entgegenstehen, wonach die der in einem Rechtsstreit obsiegenden Partei von der unterlegenen Partei zu leistende Erstattung der Kosten der Dienstleistungen, die ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Rechtsanwalt erbracht hat, auf die Höhe der Kosten begrenzt ist, die bei Vertretung durch einen im erstgenannten Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt angefallen wären.
2. Art. 49 EG und die Richtlinie 77/249 sind dagegen dahin auszulegen, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel entgegenstehen, die vorsieht, dass sich die obsiegende Partei eines Rechtsstreits, in dem sie von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden ist, von der unterlegenen Partei neben den Kosten dieses Rechtsanwalts nicht auch die Kosten eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts erstatten lassen kann, der nach den maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften im Einvernehmen mit dem erstgenannten Rechtsanwalt handeln musste.

Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Fünfte Kammer, Urteil vom 11. 12. 2003
in der Rechtssache AMOK Verlags GmbH gegen A & R Gastronomie GmbH – Rs. C-289-02 –

14 K. Otte, Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhängen – Gerechtigkeit durch Verfahrensabstimmung? 1998, S. 466 ff.; ders., Verfahrenskoordination im europäischen Zivilprozessrecht: Zur angemessenen Gewichtung von Feststellungs- und Leistungsklage, in: Wege zur Globalisierung des Rechts, Festschrift für Rolf A. Schütze (1999), S. 619–641; Kerameus/Prütting, ZZP Int. 3 (1998), 265 ff.; K. Otte/Prütting/Dedek, The Grotius Program: Proposals for Amending Article 21 and 22 of the Brussels Convention, European Review of Private Law, 2000, 257–279; Prütting, Die Rechtshängigkeit im internationalen Zivilprozessrecht und der Begriff des Streitgegenstandes nach Art. 21 EuGVÜ, Gedächtnisschrift Lüderitz (2000), S. 623, 631.

Gegenstand der Entscheidung:

Das Urteil betrifft ein Vorabentscheidungsersuchen des Oberlandesgerichts München über die Auslegung von Art. 12 und 49 EG.

Entscheidungsgründe:

1. Das Oberlandesgericht München hat mit Beschluss vom 25. 7. 2002, beim Gerichtshof eingegangen am 9. 8. 2002, gemäß Art. 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Art. 12 EG und 49 EG vorgelegt.

2. Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der AMOK Verlags GmbH (im Folgenden: AMOK), einer Gesellschaft deutschen Rechts, und der A & R Gastronomie GmbH (im Folgenden: A&R), einer Gesellschaft österreichischen Rechts, über die Erstattung der Anwaltskosten in dem Fall, dass eine Partei vor Gericht durch einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden ist.

Rechtlicher Rahmen*Gemeinschaftsrecht*

3. Die Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (ABl. L 78, S. 17, im Folgenden: Richtlinie), die auf der Grundlage der Art. 57 EG-Vertrag (nach Änderung jetzt Art. 47 EG) und 66 EG-Vertrag (jetzt Art. 55 EG) erlassen worden ist, gilt nach ihrem Art. 1 innerhalb der darin festgelegten Grenzen und unter den darin vorgesehenen Bedingungen für die in Form der Dienstleistung ausgeübten Tätigkeiten der Rechtsanwälte.

4. Art. 4 der Richtlinie sieht vor:

(1) Die mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden zusammenhängenden Tätigkeiten des Rechtsanwalts werden im jeweiligen Aufnahmestaat unter den für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte vorgesehenen Bedingungen ausgeübt, wobei jedoch das Erfordernis eines Wohnsitzes sowie das der Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Staat ausgeschlossen sind.

(2) Bei der Ausübung dieser Tätigkeit hält der Rechtsanwalt die Landesregeln des Aufnahmestaats neben den ihm im Herkunftsstaat obliegenden Verpflichtungen ein.

...

5. Art. 5 der Richtlinie bestimmt:

Für die Ausübung der Tätigkeiten, die mit der Vertretung und der Verteidigung von Mandanten im Bereich der Rechtspflege verbunden sind, kann ein Mitgliedstaat den unter Art. 1 fallenden Rechtsanwälten als Bedingung auferlegen,

...

– dass sie im Einvernehmen entweder mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt, der gegebenenfalls diesem Gericht gegenüber die Verantwortung trägt, oder mit einem bei diesem Gericht tätigen *avoué* oder *procuratore* handeln.

Die nationale Regelung

6. In Deutschland ergibt sich aus § 91 Abs. 1 der Zivilprozessordnung in ihrer Fassung vom 12. 9. 1950 (BGBl. 1950 I S. 533, im Folgenden: ZPO), dass die in einem Rechtsstreit obsiegende Partei einen Anspruch darauf hat, dass ihr die unterliegende Partei die Kosten ihres Rechtsan-

walts erstattet, soweit diese zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendig waren.

7. Der Betrag der Anwaltskosten wird nach den Gebührensätzen der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung vom 26. 7. 1957 (BGBl. 1957 I S. 907, im Folgenden: BRAGO) ermittelt.

8. Das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland vom 9. 3. 2000 (BGBl. 2000 I S. 182, im Folgenden: EuRAG) hat mehrere Richtlinien auf dem Gebiet der anwaltlichen Berufsausübung in deutsches Recht umgesetzt. § 28 EuRAG bestimmt:

(1) Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt darf in gerichtlichen Verfahren sowie in behördlichen Verfahren wegen Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Dienstvergehen oder Berufspflichtverletzungen, in denen der Mandant nicht selbst den Rechtsstreit führen oder sich verteidigen kann, als Vertreter oder Verteidiger eines Mandanten nur im Einvernehmen mit einem Rechtsanwalt (Einvernehmensanwalt) handeln.

(2) Der Einvernehmensanwalt muss zur Vertretung oder Verteidigung bei dem Gericht oder der Behörde befugt sein. Ihm obliegt es, gegenüber dem dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt darauf hinzuwirken, dass dieser bei der Vertretung oder Verteidigung die Erfordernisse einer geordneten Rechtspflege beachtet.

(3) Zwischen dem Einvernehmensanwalt und dem Mandanten kommt kein Vertragsverhältnis zustande, wenn die Beteiligten nichts anderes bestimmt haben.

...

9. Für die Kosten des Einvernehmensanwalts im Sinne von § 28 EuRAG sieht § 24 a Abs. 1 BRAGO in ihrer Fassung vom 14. 3. 1990 (BGBl. 1990 I S. 479) vor:

(1) Wird der Rechtsanwalt zur Herstellung des Einvernehmens nach § 28 des Gesetzes über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland tätig, erhält er eine Gebühr in Höhe der Prozessgebühr oder der Geschäftsgebühr, die ihm zustünde, wenn er selbst Bevollmächtigter wäre. Die Gebühr ist auf eine entsprechende Gebühr für die Tätigkeit als Bevollmächtigter anzurechnen.

...

Ausgangsrechtsstreit und Vorlagefrage

10. In einem Verfahren vor dem Landgericht Traunstein (Deutschland) zwischen AMOK und A&R war die Letztgenannte von einem in Österreich niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden, der nach § 28 EuRAG im Einvernehmen mit einem in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalt handelte. Da A&R in diesem Rechtsstreit obsiegt hatte, verlangte sie von AMOK die Erstattung ihrer Anwaltskosten.

11. Insoweit verlangte sie zunächst, was den in Österreich niedergelassenen Rechtsanwalt angeht, die für diesen anfallenden Kosten nach den österreichischen Gebührensätzen; diese Kosten sind beträchtlich höher als diejenigen, die sich bei Anwendung der BRAGO ergäben. Sodann verlangte sie die Erstattung der Kosten des in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalts nach § 24 a Abs. 1 BRAGO.

12. AMOK wandte sich gegen den Anspruch der A&R, indem sie geltend machte, dass ein in Österreich niedergelassener Rechtsanwalt in dem fraglichen Verfahren nicht notwendig gewesen sei, und folglich ebenso wenig dessen einvernehmliches Handeln mit dem in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalt. Jedenfalls müsse bei einem Rechtsstreit vor einem deutschen Gericht die Kostenerstattung durch die unterlegene Partei nach den deutschen Gebührensätzen ermittelt werden, die allein vorhersehbar seien.

13. Das Oberlandesgericht München, das in zweiter Instanz mit dem Kostenfestsetzungsantrag befasst ist, weist darauf hin, dass es in ständiger Rechtsprechung von dem Grundsatz ausgehe, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Partei, die sich von einem in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten lasse, Anwaltskosten vom Gegner nur in der Höhe verlangen könne, die die Einschaltung eines in Deutschland niedergelassenen Rechtsanwalts verursacht hätte, und keinesfalls die Kosten des Rechtsanwalts, mit dessen Einvernehmen der im anderen Mitgliedstaat niedergelassene Rechtsanwalt gehandelt habe.

14. Da das Oberlandesgericht München aber Zweifel hegt, ob diese Rechtsprechung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, hat es beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Sind die Art. 49 EG und 12 EG dahin auszulegen, dass sie einer nationalen Gerichtsentscheidung entgegenstehen, wonach in einem Mitgliedstaat (Inland) für die Tätigkeit eines Rechtsanwalts eines anderen Mitgliedstaats in einem Prozess im Inland und die Tätigkeit eines Einvernehmensanwalts ein Erstattungsanspruch höchstens in Höhe der Kosten einschließlich Mehrwertsteuer entstehen kann, die bei Vertretung durch einen inländischen Anwalt angefallen wären?

Zum ersten Teil der Vorlagefrage hinsichtlich der Anwendbarkeit der österreichischen Gebührensätze

15. Mit dem ersten Teil der Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob die Art. 49 EG und 12 EG sowie die Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel entgegenstehen, wonach die der in einem Rechtsstreit obsiegenden Partei von der unterlegenen Partei zu leistende Erstattung der Kosten der Dienstleistungen, die ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Rechtsanwalt erbracht hat, auf die Höhe der Kosten begrenzt ist, die bei Vertretung durch einen im erstgenannten Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt angefallen wären.

Vor dem Gerichtshof abgegebene Erklärungen

16. A&R macht geltend, die Plafonierung der Kosten eines Rechtsanwalts aus einem anderen Mitgliedstaat in Höhe derer, die sich aus den nationalen Gebührensätzen ergäben, verstoße gegen Art. 49 EG. Diese Regel habe zur Folge, dass eine in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassene Partei in der Regel einen am Ort des angerufenen Gerichts niedergelassenen Rechtsanwalt heranziehe, was eine abschreckende Wirkung habe. Diese Regel habe zur Auswirkung, dass die Dienstleistungsfreiheit der Rechtsanwälte der anderen Mitgliedstaaten eingeschränkt und deren Wettbewerbsposition beeinträchtigt werde. Im Übrigen werde das Recht des Rechtsunterworfenen auf freie Anwaltswahl beschränkt, weil er mittelbar gezwungen werde, einen am Ort des angerufenen Gerichts niedergelassenen Rechtsanwalt zu mandattieren.

17. Im vorliegenden Fall seien daher die österreichischen Gebührensätze anzuwenden, zumal nach internationalem Privatrecht das Anknüpfungskriterium für den Vergütungsanspruch eines Rechtsanwalts der Ort der Niederlassung dieses Rechtsanwalts sei.

18. Nach Ansicht der deutschen Regierung ist indessen danach zu unterscheiden, ob die Heranziehung eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts im Sinne von § 91 Abs. 1 ZPO wegen der besonderen Natur des Falles und spezifischer Umstände, wie zu prüfender Rechtsfragen des Rechts dieses anderen Staates, erforderlich ist oder ob sie allein auf der freien Wahl des Mandanten beruht. Im erstgenannten Fall seien die erstattungsfähigen Kosten nach den Gebühren zu bestimmen, die am Ort der Niederlassung des fraglichen Rechtsanwalts gälten. Wenn jedoch wie im vorliegenden Fall die Heranziehung dieses Rechtsanwalts nur auf die freie Wahl des Mandanten zurückzuführen sei, müsse die Erstattung seitens des Prozessgegners nach den Gebühren erfolgen, die am Ort des angerufenen Gerichts gälten.

19. Was die Vereinbarkeit der fraglichen Regelung mit der Dienstleistungsfreiheit anbelangt, schlägt die deutsche Regierung vor, diese Regelung einer Verkaufsmodalität des freien Warenverkehrs nach der Definition des Gerichtshofes im Urteil vom 24. 11. 1993 in den Rechtssachen C-267/91 und C-268/91 (Keck und Mithouard, Slg. 1993, I-6097) gleichzustellen. Denn die fragliche Regelung betreffe nur eine Erbringungsmodalität der Leistungen des Anwalts, die in gleicher Weise und folglich nicht diskriminierend bezüglich der Kosten aller Rechtsanwälte, die in dem Mitgliedstaat Dienstleistungen erbrächten, Anwendung finde. Sie falle daher a priori nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsfreiheit.

20. Selbst wenn in der fraglichen Regelung eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit läge, wäre diese aus Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Es handle sich um eine diskriminierungsfreie Regelung, die der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege diene (vgl. Urteil vom 12. 12. 1996 in der Rechtssache C-3/95, Reisebüro Broede, Slg. 1996, I-6511). Die Regelung des Verfahrens sei nämlich Sache der Mitgliedstaaten, die folglich für die Kostenerstattung geeignete Vorschriften erlassen könnten. Diese Erstattung müsse nicht notwendig alle Kosten umfassen, wie die sehr unterschiedlichen Systeme der Mitgliedstaaten zeigten.

21. Die Plafonierung der erstattungsfähigen Kosten sei auch verhältnismäßig und erforderlich, um das Ziel der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege zu erreichen, weil sie die in einem Rechtsstreit unterlegene Partei vor überhöhten und nicht vorhersehbaren Erstattungsansprüchen schütze.

22. Die österreichische Regierung schließt sich dieser Auffassung im Wesentlichen an. Sie führt auch aus, dass zwischen dem Vertragsverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant einerseits und der Frage der Kostenerstattung der im Rechtsstreit unterlegenen Partei an die obsiegende Partei andererseits zu unterscheiden sei. Was die letztgenannte Frage anbelange, seien objektive gesetzliche Regelungen unerlässlich, die, weil es sich um eine verfahrensrechtliche Frage handle, von der Lex fori des erkennenden Gerichts zu regeln seien.

23. Eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 49 EG oder eine Diskriminierung im Sinne von Art. 12 EG liege nicht vor, denn ein in Österreich niedergelassener Rechtsanwalt könne seine Tätigkeit in Deutschland unter den gleichen Voraussetzungen ausüben, die dieser Staat für die in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Rechtsanwälte vorsehe.

24. Auch die Kommission ist der Ansicht, dass das Gemeinschaftsrecht der fraglichen Regelung nicht entgegenstehe. Ihrer Auffassung nach ergibt sich die Antwort auf diesen Teil der Frage klar aus der Richtlinie, ohne dass es erforderlich sei, sich auf die Bestimmungen des Vertrages zu berufen. Denn Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie weise ausdrücklich darauf hin, dass in jedem Aufnahmestaat die grenzüberschreitende Tätigkeit eines Rechtsanwalts bei der Vertretung eines Mandanten unter den für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte vorgesehenen Bedingungen ausgeübt werde. Dies betreffe auch Regeln wie die über die Anwaltskostenerstattung.

Antwort des Gerichtshofes

25. Was die Würdigung der fraglichen Regelung durch das vorlegende Gericht unter dem Blickwinkel von Art. 12 EG anbelangt, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diese Bestimmung, in der der allgemeine Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit niedergelegt ist, autonom nur in durch das Gemeinschaftsrecht geregelten Fällen angewandt werden kann, für die der Vertrag kein besonderes Diskriminierungsverbot vorsieht (vgl. Urteil vom 26. 11. 2002 in der Rechtssache C-100/01, Oteiza Olazabal, Slg. 2002, I-10981, Rdnr. 25).

26. Für die Dienstleistungsfreiheit wird dieser Grundsatz durch Art. 49 EG näher geregelt und konkretisiert (Urteil vom 28. 10. 1999 in der Rechtssache C-55/98, Vestergaard, Slg. 1999, I-7641, Rdnr. 17). Auf Art. 12 EG ist deshalb nicht einzugehen.

27. Art. 49 EG verbietet Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft. Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Plafonierung der erstattungsfähigen Kosten

eines in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts in Höhe der Gebühren, die für in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwälte gelten, geeignet sein kann, das Erbringen grenzüberschreitender Dienstleistungen von Rechtsanwälten weniger attraktiv zu machen, wenn die Kosten höher sind als diejenigen, die sich aus den Gebührensätzen des letztgenannten Staates ergeben.

28. Art. 50 Abs. 3 EG sieht vor, dass der grenzüberschreitende Dienstleister seine Tätigkeit im Zielland unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt, ausüben kann.

29. Wie die Kommission hervorgehoben hat, ist diese Bestimmung auf dem hier in Rede stehenden Gebiet durch die Richtlinie näher bestimmt worden. Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie sieht vor, dass die gerichtliche Vertretung eines Mandanten in einem anderen Mitgliedstaat unter den für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte vorgesehenen Bedingungen ausgeübt werden muss, wobei das Erfordernis eines Wohnsitzes sowie das der Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Staat ausgeschlossen sind. Im Übrigen sieht Abs. 2 dieses Artikels vor, dass bei Ausübung dieser Tätigkeit die Landesregeln des Aufnahmestaats einzuhalten sind.

30. Wie der Generalanwalt in Nr. 42 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, folgt daraus, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung war, dass abgesehen von den ausdrücklich genannten Ausnahmen alle anderen im Aufnahmestaat geltenden Bedingungen auf grenzüberschreitende anwaltliche Dienstleistungen Anwendung finden können. Daraus ergibt sich, dass auch die Erstattung der Kosten eines in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts den Regeln unterworfen werden kann, die für die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwälte gelten. Nur dieses Ergebnis trägt im Übrigen für eine Partei, die einen Rechtsstreit anstrengt und somit Gefahr läuft, im Unterliegensfall die Kosten ihres Gegners zu tragen, dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit und folglich dem der Rechtssicherheit Rechnung.

31. Folglich ist auf den ersten Teil der Vorlagefrage zu antworten, dass die Art. 49 EG und 50 EG sowie die Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel nicht entgegenstehen, wonach die der in einem Rechtsstreit obsiegenden Partei von der unterlegenen Partei zu leistende Erstattung der Kosten der Dienstleistungen, die ein in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassener Rechtsanwalt erbracht hat, auf die Höhe der Kosten begrenzt ist, die bei Vertretung durch einen im erstgenannten Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt angefallen wären.

Zum zweiten Teil der Vorlagefrage hinsichtlich der Mehrkosten des bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts

32. Mit dem zweiten Teil der Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 49 EG und die Richtlinie so auszulegen sind, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel entgegenstehen, die vorsieht, dass sich die obsiegende Partei eines Rechtsstreits, in dem sie von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden ist, von der unterlegenen Partei neben den Kosten dieses Rechtsanwalts nicht auch die Kosten eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts erstatten lassen kann, der nach den maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften im Einvernehmen mit dem erstgenannten Rechtsanwalt handeln musste.

Vor dem Gerichtshof abgegebene Erklärungen

33. Die deutsche Regierung trägt vor, dass der Umstand, dass die Einschaltung eines bei dem angerufenen Gericht niedergelassenen Rechtsanwalts Mehrkosten verursache, der Regelung des Art. 5 der Richtlinie immanent sei und keine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstelle. Die Dienstleistungsfreiheit verlange nicht, dass die Prozesspartei den Beistand zweier Rechtsan-

wälte kostenlos beanspruchen dürfe, zumal es auch nationale Verfahrensarten gebe, in denen keine Kostenerstattung durch die unterlegene Partei vorgesehen sei. Da der bei dem angerufenen Gericht zugelassene Rechtsanwalt immer vom Mandanten zu bezahlen sei, könne sich keine Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts daraus ergeben, dass die Partei, die unterlegen sei, der anderen Partei nicht die Kosten des erstgenannten Rechtsanwalts erstatten müsse.

34. Im Übrigen nimmt die deutsche Regierung für den zweiten Teil der Frage auf ihre Ausführungen zum ersten Teil Bezug.

35. Die Kommission ist anderer Ansicht. Wenn das deutsche Recht verlange, dass ein bei dem angerufenen Gericht zugelassener Rechtsanwalt bestellt werde, müsse die Partei, die die Anwaltskosten der obsiegenden Partei zu tragen habe, auch die mit dieser Bestellung einhergehenden Kosten tragen. Dieses Ergebnis folge indirekt aus der Richtlinie, so dass die Vertragsbestimmungen kaum bemüht zu werden brauchten.

Antwort des Gerichtshofes

36. Die Tatsache, dass sich die in einem Rechtsstreit obsiegende Partei, die von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden ist, von der unterlegenen Partei nicht auch die Kosten des von ihr herangezogenen, bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts erstatten lassen kann, weil solche Kosten als nicht notwendig erachtet werden, kann die Erbringung grenzüberschreitender anwaltlicher Dienstleistungen weniger attraktiv machen. Dies kann nämlich eine abschreckende Wirkung haben, die die Wettbewerbsposition der Rechtsanwälte anderer Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann.

37. Es trifft zu, dass die Richtlinie, ohne sich allerdings zu den daraus folgenden Anwaltskosten zu äußern, in ihrem Art. 5 vorsieht, dass die Mitgliedstaaten den in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Rechtsanwälten als Bedingung auferlegen können, im Einvernehmen mit einem bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu handeln. Mit der Einführung von § 28 EuRAG hat die Bundesrepublik Deutschland von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

38. Die Bestellung eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts ist also ein Erfordernis, das aus den Harmonisierungsmaßnahmen folgt, und entzieht sich somit dem Willen der Parteien, wie aus § 28 Abs. 3 EuRAG hervorgeht, wonach zwischen dem Einvernehmensanwalt und dem Mandanten kein Vertragsverhältnis zustande kommt, wenn die Beteiligten nichts anderes bestimmt haben.

39. Aus diesem Erfordernis lässt sich nicht herleiten, dass die Belastung, die aus der Bestellung des bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts folgt, nämlich die damit verbundenen Mehrkosten, automatisch und in allen Fällen unabhängig von der Frage, ob sie im Rechtsstreit obsiegt hat oder nicht, der Partei aufzubürden wäre, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt herangezogen hat. Vielmehr bedeutet die Verpflichtung, einen bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt heranzuziehen, dass die daraus folgenden Kosten für eine angemessene Vertretung vor Gericht notwendig sind. Der allgemeine Ausschluss dieser Kosten von dem von der unterlegenen Partei zu erstattenden Betrag würde die obsiegende Partei benachteiligen, was, wie der Generalanwalt in Nr. 70 seiner Schlussanträge hervorgehoben hat, zur Auswirkung hätte, dass die Rechtssuchenden erheblich davon abgeschreckt würden, auf in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Rechtsanwälte zurückzugreifen. Damit wäre die Dienstleistungsfreiheit dieser Rechtsanwälte behindert und die Harmonisierung des Wirtschaftssektors, wie sie von der Richtlinie in Angriff genommen wurde, beeinträchtigt.

40. Die fragliche Regelung kann nicht durch die Erfordernisse der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege gerechtfertigt werden. Die deutsche Regierung trägt hierzu vor, dass die in einem Rechtsstreit unterlegene Partei vor überzogenen und nicht vorhersehbaren Erstattungsansprü-

chen geschützt werden müsse. Demgegenüber ist festzustellen, dass in dem fraglichen Mitgliedstaat die Kosten des bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts völlig vorhersehbar sind, weil sie ausdrücklich in § 24 a BRAGO geregelt sind. Außerdem sind in Anbetracht der recht begrenzten Tätigkeit dieses Rechtsanwalts die dafür anfallenden Kosten deutlich niedriger als die der Vertretung durch den anderen Rechtsanwalt.

41. Folglich ist auf den zweiten Teil der Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 49 EG und die Richtlinie dahin auszulegen sind, dass sie einer von der Rechtsprechung eines Mitgliedstaats entwickelten Regel entgegenstehen, die vorsieht, dass sich die obsiegende Partei eines Rechtsstreits, in dem sie von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vertreten worden ist, von der unterlegenen Partei neben den Kosten dieses Rechtsanwalts nicht auch die Kosten eines bei dem angerufenen Gericht zugelassenen Rechtsanwalts erstatten lassen kann, der nach den maßgeblichen nationalen Rechtsvorschriften im Einvernehmen mit dem erstgenannten Rechtsanwalt handeln musste.

Kosten

42. Die Auslagen der deutschen und der österreichischen Regierung sowie der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorliegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Anmerkung:

Über das vorliegende Urteil berichtete das Handelsblatt am 17. 12. 2003 unter der Überschrift »EuGH macht Prozesse teurer«¹. Diese Aussage ist doppelt falsch: Erstens bleibt es bei der Höhe der Kosten, diese werden nur anders aufgeteilt, und zweitens ist es der deutsche Gesetzgeber, der durch seine restriktive Umsetzung der Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie den Gebührenanfall zu verantworten hat. Das vorliegende Urteil zeigt, dass Europa zwar auf dem Weg zu einem einheitlichen Rechtsraum ist, dass aber nicht alle Teile des Rechtswesens mit gleicher Radikalität und Intensität europäisiert werden und dass es häufig noch die Details sind, die die Freizügigkeit im Rechtsraum Europa behindern.

1. Internationales Anwaltsrecht als Teil des einheitlichen Rechtsraums Europas

Der Vertrag von Amsterdam² hat den Weg zu einem einheitlichen europäischen Rechtsraum ebnet, indem auf dem Gebiet des Internationalen Zivilprozessrechts die Kompetenz der Gemeinschaftsorgane eröffnet wurde³. In den EGV wurde ein neuer Titel IV (Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr) aufgenommen, der einen schrittweisen Aufbau eines Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ermöglichen soll (Art. 61 EGV). Art. 65 EGV gibt dem Rat im Zuge einer *Kompetenzrevolution*⁴ die Befugnis, Rechtsakte

1 Handelsblatt vom 17. 12. 2003, Nr. 243, S. R1.

2 Vertrag von Amsterdam vom 2. 10. 1997 zur Änderung des Vertrags über die EU, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte (BGBl. 1999 II, 296).

3 Dazu Nagel/Gottwald, IZPR, 5. Aufl. 2003, § 3 Rdnr. 6.

4 Mansel, in: Mansel (Hrsg.), Vergemeinschaftung des Europäischen Kollisionsrechts, 2001, S. 1, 3.

zur Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke, zur Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln und zur Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zur Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten zu erlassen. Diese Kompetenz wird von Rat, Parlament und Kommission so weitreichend genutzt, dass man nur noch von einer rasanten Entwicklung sprechen kann. Diese hat in einem ersten Schritt zu einer *Vergemeinschaftung* bereits bestehender oder sich in Entwicklung befindlicher Übereinkommen geführt⁵. So wurden das EuGVÜ in revidierter Fassung als EG-Verordnung (»Brüssel I«, EuGVO)⁶, die Brüssel II a Verordnung⁷, die Europäische Insolvenzverordnung (EuInsVO)⁸, die Europäische Zustellungsverordnung (EuZustVO)⁹ und die Europäische Beweisaufnahmeverordnung (EuBVO)¹⁰ erlassen.

Die Bemühungen der Kommission sind damit aber noch nicht beendet: Aktuell gibt es Bestrebungen zur Schaffung eines *Europäischen Vollstreckungstitels*, der als Titel eines Mitgliedstaats ohne vorherige Vollstreckbarerklärung in anderen Mitgliedstaaten vollstreckbar sein soll¹¹.

Im Kompetenzbereich des Art. 65 EGV wird zunehmend die Verordnung als Rechtsform gewählt, um eine einheitliche Geltung in allen Mitgliedstaaten zu sichern¹².

Die Regeln über die Freizügigkeit der Rechtsanwälte in Europa sind älter, die Realisierung der Freizügigkeit verlief deutlich weniger rasant als heute die Schaffung eines einheitlichen europäi-

5 Besse, ZEuP 7 (1999), 107; Müller-Graff/Kaime, DRiZ 2000, 350; Leible/Staudinger, EuLF 2000/01, 225. Skizze der Entwicklung bei Geimer, IPRax 2002, 69; R. Wagner, IPRax 2002, 75; ders., NJW 2003, 2344.

6 Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG Nr. L 12/1 vom 16. 1. 2001).

7 Verordnung (EG) des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000, ABl. EG Nr. L 338/1 vom 23. 12. 2003.

8 Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über Insolvenzverfahren (ABl. EG Nr. L 160/1 vom 30. 6. 2000).

9 Verordnung (EG) Nr. 1348/2000 des Rates vom 29. 5. 2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- oder Handelssachen in den Mitgliedstaaten (ABl. EG Nr. L 160/37 vom 30. 6. 2000).

10 Verordnung (EG) Nr. 1206/2001 des Rates vom 28. 5. 2001 über die Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten bei der Beweisaufnahme in Zivil- oder Handelssachen (ABl. EG Nr. L 174/1 vom 27. 6. 2001).

11 Der vorliegende Vorschlag sieht den Anwendungsbereich zunächst bei unbestrittenen Forderungen, vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen, von der Kommission vorgelegt am 18. 4. 2002, KOM (2002) 159; Der Rat der EU hat am 6. 2. 2004 den Gemeinsamen Standpunkt beschlossen, s. Interinstitutionelles Dossier 2002/0090 (COD) 16041/1/03; REV 1, JUSTCIV 269, CODEL 1805; s. zur Entwicklung R. Wagner, IPRax 2002, 75; ders., NJW 2003, 2344, 2346; Jayme/Kohler, IPRax 2002, 461, 465; Geimer, Das Brüssel I-System und seine Fortentwicklung im Lichte der Beschlüsse von Tampere, FS Németh 2003, S. 231, 237; Rechberger, Das Europäische Zivilprozessrecht am Vorabend der großen Erweiterung der Europäischen Union, FS Németh 2003, S. 715, 729. Ein Europäischer Vollstreckungstitel für Unterhaltsforderungen wird z. Zt. vorbereitet, R. Wagner, NJW 2003, 2344, 2347.

12 R. Wagner, NJW 2003, 2344, 2345; Rechberger, FS Németh, S. 715, 719 ff.

schen Rechtsraums auf der Grundlage des Art. 65 EGV¹³. Die europäische Regelung der Freizügigkeit anwaltlicher Berufsausübung hat ihre Kompetenzgrundlage nicht in Art. 65 EGV, sondern unmittelbar in den Grundfreiheiten, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Die Rechtsform der Verordnung spielte noch keine derart dominante Rolle, und gerade das vorliegende Urteil zeigt, dass durch den Umsetzungsspielraum der Richtlinien Raum für erhebliche Nationalismen bleibt.

Gleichwohl sind auch die Regeln über die anwaltliche europäische Berufsausübung heute in den Gesamtzusammenhang eines einheitlichen europäischen Rechtsraums einzuordnen. Denn ohne freie Wahl anwaltlicher Beratung bleiben die direkte europäische Zuständigkeitsordnung und die Umlauffähigkeit der Entscheidungen im Rechtsraum Europa Makulatur, weil wiederum eine Barriere errichtet wird, die die Klageerhebung im Ausland erschweren, wenn nicht verhindern kann.

So beunruhigend schnell manchen der Weg in das einheitliche Europa des Rechts in einigen Gebieten erscheint, weil wir gelegentlich feststellen müssen, dass der gesetzgeberische Mindeststandard manchmal noch nicht mal in »alten« europäischen Staaten wie Frankreich erreicht ist¹⁴, so verwunderlich zäh und langsam vollzieht sich die Einigung in anderen Bereichen. Beispiele für derartige Bereiche sind das neue europäische Zustellungsrecht und eben auch die Regelung der anwaltlichen Berufsausübung: Die neue Europäische Zustellungsverordnung (EuZustVO), erlassen mit allen Möglichkeiten der Kompetenz des Art. 65 EGV, tradiert mehr oder weniger das überkommene System des Haager Zustellungsübereinkommens von 1965¹⁵, das für eine globale Annäherung von Staaten erdacht ist, die ihre Souveränität möglichst weitgehend bewahren wollten, und bleibt damit hinter den Möglichkeiten zurück, die heute juristisch und technisch denkbar sind¹⁶. Im Jahr 2003 musste sich der EuGH erneut mit der Dienstleistungsrichtlinie 77/249 EWG beschäftigen, dem ersten der Rechtsakte, die die anwaltliche Freizügigkeit in Europa sichern sollten, nachdem er dies bereits 1988 und 1991 getan hat.

II. Die Regelung der Freizügigkeit der Rechtsanwälte in Europa

Für die Tätigkeit von Rechtsanwälten in Europa gelten drei Richtlinien: die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 22. 3. 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte (im Folgenden RiL 77/249/EWG)¹⁷, die Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. 12. 1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschließen¹⁸, und die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde (EG-Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte)¹⁹. Die letzte Richtlinie hat die Niederlassungsmöglichkeiten umfassend liberalisiert²⁰.

13 Darstellung der Entwicklung bei *Henssler/Prütting/Schroeder/Federle*, BRAO, 2. Aufl. 2004, Einl. EuRAG Rdnrn. 90 ff.; bis 1979 *Schneider*, Anwaltsrecht im EG-Raum, 1979.

14 So *Geimer*, FS Németh, S. 231; 240; *ders.*, IPRax 2002, 69, 74, nach dem *Krombach*-Urteil des EuGH; *Stadler*, IPRax 2004, 2.

15 Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen (HZustÜ) vom 15. 11. 1965 (BGBl. 1977 II, 1453).

16 *Gottwald*, Sicherheit vor Effizienz? – Auslandzustellungen in der Europäischen Union in Zivil- und Handelssachen, FS Schütze 1999, S. 225; *Stadler*, IPRax 2001, 514, 516.

17 RiL 77/249/EWG, ABl. EG vom 26. 3. 1977 Nr. L 78 S. 17.

18 RiL 89/48/EWG, ABl. EG Nr. L 19 S. 16.

19 RiL 98/5/EG ABl. EG vom 14. 3. 1998 Nr. L 77 S. 36.

Deutschland hat diese Richtlinien in verschiedenen Gesetzen umgesetzt, was die Übersichtlichkeit nicht gefördert hat. Die Umsetzung der EG-Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte bot die Gelegenheit, die verstreuten Vorschriften in einem Gesetz zusammenzufassen. Dies ist das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland (EuRAG)²¹. Welche Berufe in Europa als europäischer Rechtsanwalt einzuordnen sind, regelt die Anlage 1 zu § 1 EuRAG.

III. Der dienstleistende europäische Rechtsanwalt in Deutschland

Das EuRAG regelt die vorübergehende anwaltliche Tätigkeit in Deutschland im 5. Teil in den §§ 25 ff., die die Dienstleistungsrichtlinie umsetzen und das Rechtsanwaltsdienstleistungsgesetz (RADG) ersetzen²². Ein vorübergehend dienstleistender europäischer Rechtsanwalt unterliegt dem deutschen Landesrecht. Er darf zwar als Anwalt erster und zweiter Instanz tätig sein, muss das aber, soweit Anwaltszwang herrscht, im Einvernehmen mit einem deutschen Rechtsanwalt (dem sog. Einvernehmensanwalt) tun (§ 28 EuRAG). Dieses Einvernehmenserfordernis war (erneut) Gegenstand der Entscheidung des EuGH.

1. Die Regelung des Einvernehmens

Die heutige Regelung geht auf ein Urteil des EuGH aus dem Jahr 1998²³ zurück, das die damalige Regelung in § 4 RADG als unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit und der RiL 77/249/EWG angesehen hatte, da das Durchführungsgesetz die Möglichkeit der RiL in Art. 5, bei der Ausübung der Dienstleistung die Herstellung des Einvernehmens mit einem bei dem zuständigen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt zu fordern, überstrapaziert hatte. Das Einvernehmenserfordernis galt auch dort, wo kein Anwaltszwang im deutschen Recht bestand. Der EuGH bestätigte die Unzulässigkeit einer derartigen Regelung drei Jahre später bei der Überprüfung der entsprechenden französischen Norm²⁴. Wohl auf Druck der deutschen Anwaltschaft²⁵ war zudem in § 4 RADG vorgesehen worden, dass der ausländische Anwalt dem deutschen vor jeder Handlung Kenntnis geben musste, dass der deutsche Anwalt bei jeder mündlichen Verhandlung zugegen sein musste und dass er selbst die Stellung eines Prozessbevollmächtigten haben musste²⁶.

Heute ist das Einvernehmen nur da erforderlich, wo nach deutschem Recht Anwaltszwang besteht (Art. 28 Abs. 1 EuRAG); es ist einmalig herzustellen und bei der ersten Handlung gegenüber dem Gericht nachzuweisen (Art. 29 Abs. 1 EuRAG). Vorherige Handlungen sind unheilbar unwirksam (Art. 29 Abs. 3 EuRAG), das Einvernehmen dauert bis zum Nachweis des Widerrufs gegenüber dem Gericht an. Der vorübergehend dienstleistende europäische Rechtsanwalt hat ansonsten die Stellung eines deutschen Rechtsanwalts, d.h. er kann ohne den Einvernehmensanwalt vor Gericht auftreten. Der Einvernehmensanwalt ist mangels abweichender Vereinbarung vertraglich nur mit dem vorübergehend dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt verbunden

20 Dazu *Lach*, Die Möglichkeiten der Niederlassung europäischer Rechtsanwälte in Deutschland, NJW 2000, 1609; *Ewig*, Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit für Rechtsanwälte in der EU und im EWR, NJW 1999, 248.

21 Gesetz vom 9. 3. 2000 (BGBl. I 182); dazu *Fenerich/Braun*, BRAO, 5. Aufl. 2000, Teil 2, S. 1384 ff.; *Franz* BB 2000, 989; *MüKo-ZPO/Gottwald*, 2. Aufl. 2001, Bd. 3, S. 2519.

22 *Henssler/Prütting/Schroeder/Federle*, BRAO, Vorb. zu §§ 25-35 EuRAG Rdnr. 4.

23 EuGH, Urteil vom 25. 2. 1988 – Rs. 427/85, NJW 1988, 887 = BRAK-Mitt. 1988, 152 = AnwBl. 1988, 236.

24 EuGH, Urteil vom 10. 7. 1991 – Rs. 294/89, EuGHE I-1992, 3606.

25 *Emmerich*, NJW 1988, 729, 730.

26 *Henssler/Prütting/Schroeder/Federle*, BRAO, § 28 EuRAG Rdnr. 6.

(Art. 28 Abs. 3 EuRAG), eine Mandatierung des Einvernehmensanwalts durch die ausländische Partei erfordert eine gesonderte Vereinbarung.

Der Einvernehmensanwalt erhält nach § 24a BRAGO für seine Tätigkeit eine Gebühr in Höhe der Prozessgebühr oder Geschäftsgebühr, die ihm zustünde, wenn er selbst Bevollmächtigter wäre.

2. Kostenrechtliche Folgen des Einvernehmenserfordernisses

Die RiL 77/249/EWG hat die entschädigungsrechtlichen Auswirkungen, die dadurch entstehen, das ein Land bei der Umsetzung ein Einvernehmenserfordernis statuiert, nicht selbst geregelt, was letztlich mit den in Europa erheblich divergierenden Regelungen der Kostenerstattung zusammenhängt²⁷. Aber auch § 4 des RADG und der heutige Art. 28 EuRAG sowie die BRAGO treffen keine Regelung über die Vergütung des ausländischen Rechtsanwalts²⁸. Offen sind demnach genau die zwei Fragen, die der EuGH nunmehr beantwortet hat: (1) Ist die Höhe der nach § 91 ZPO zu erstattenden Gebühren durch die nach der BRAGO anfallenden Gebühren begrenzt? Oder richtet sich deren Höhe nach der Gebührenordnung des Rechts, dem der Vertrag zwischen der Partei und dem vorübergehend dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt unterliegt? (2) Darf der ausländischen Partei unabhängig vom Ausgang des Rechtsstreits aufgegeben werden, die Kosten des Einvernehmensanwalts selbst zu tragen?

IV. Die sog. Plafonierung der Kosten

Der EuGH folgert direkt aus Art. 4 der RiL 77/249/EWG, dass der vorübergehend dienstleistende europäische Rechtsanwalt seine Dienstleistung nach den Regeln erbringt, die für die in diesem Staat niedergelassenen Rechtsanwälte gelten, wobei nur das Erfordernis des Wohnsitzes und die Zugehörigkeit zu einer Berufsorganisation in diesem Mitgliedstaat entfallen. Alle sonstigen im Aufnahmestaat geltenden Regeln fänden auch auf den vorübergehend dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt Anwendung, so dass die Erstattung der Kosten eines in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalts den Regeln unterworfen werden könne, die für die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwälte gelten. Dies hat zur Folge, dass der Mandant, wenn die Kosten seines Rechtsanwalts höher sind als die erstattungsfähigen, auf einem Teil der Kosten sitzen bleibt.

Das Ergebnis, das tatsächliche und erstattungsfähige Kosten auseinanderfallen können, bestätigt zunächst eine kollisionsrechtliche Analyse der Rechtsbeziehungen, die durch die zwingende Einschaltung eines Einvernehmensanwalts entstehen. Hierbei sind der prozessuale Kostenerstattungsanspruch von dem Rechtsverhältnis Mandant-Rechtsanwalt und dem Rechtsverhältnis vorübergehend dienstleistender europäischer Rechtsanwalt-Einvernehmensanwalt zu trennen.

Der prozessuale Kostenerstattungsanspruch unterliegt dem Prozessrecht der *lex fori*²⁹. Daraus folgt für alle Streitigkeiten in Deutschland, dass die unterliegende Partei grundsätzlich die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat, also auch die Kosten des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei.

Das Rechtsverhältnis des Mandanten zu seinem Rechtsanwalt unterliegt dem gewählten Recht (Art. 3 Abs. 1 EVÜ), mangels Rechtswahl dem Rechts der Niederlassung des Rechtsanwalts (Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EVÜ). Im vorliegenden Fall führte dies zur Geltung der Gebührensätze nach dem österreichischen Rechtsanwaltstarifgesetz.

27 Überblick bei *Bach*, Rpfleger 1991, 7.

28 Dies hat *Schneider*, Anwaltsrecht im EG-Raum, S. 39, schon 1979 gefordert.

29 *Nagel/Gottwald*, IZPR, § 5 Rdnr. 430; *Schack*, IZVR, 3. Aufl. 2002, Rdnr. 580 c.

Es besteht also eine Divergenz des anwendbaren Rechts hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des österreichischen Rechtsanwalts gegenüber seinem österreichischen Mandanten und des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs.

Das Rechtsverhältnis zwischen dem vorübergehend dienstleistenden europäischen Rechtsanwalt und dem deutschen Einvernehmensanwalt ist vertraglicher Art, genauer ein Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter. Dieser Vertrag unterliegt mangels Rechtswahl ebenfalls dem Recht der Niederlassung des Einvernehmensanwalts und damit wie der Kostenerstattungsanspruch deutschem Recht.

In welcher Höhe die Kosten erstattet werden müssen, sagt jedoch das deutsche Prozessrecht in § 91 ZPO nicht eindeutig und pauschal, da es auf die *Notwendigkeit* der Kosten abstellt. Allerdings ordnet § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO an, dass die gesetzlichen Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei immer notwendig und erstattungsfähig sind³⁰ und trifft nur eine Einschränkung hinsichtlich der Reisekosten. § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO regelt die Kostenerstattung, wenn eine Partei mehrere Rechtsanwälte mandatiert, worum es erst bei der zweiten dem EuGH vorgelegten Fragen geht und nicht bei der Höhe der Kostenerstattung für den ausländischen Rechtsanwalt. Das OLG München hatte in einer parallelen früheren Entscheidung, ebenfalls zwischen einer deutschen und einer österreichischen Partei, entschieden (ohne die Sache dem EuGH vorzulegen), dass die Beschränkung des Kostenerstattungsanspruchs aus dem Rechtsgedanken des § 91 Abs. 2 Satz 2 ZPO folge³¹. Dieser regelt aber die Kostenerstattung, wenn Mehrkosten dadurch entstehen, dass der bei dem Prozessgericht zugelassene Rechtsanwalt seinen Wohnsitz oder seine Kanzlei nicht an dem Ort hat, an dem sich das Prozessgericht oder eine auswärtige Abteilung dieses Gerichts befinden. Hier erscheint zwar die Rechtsfolge (Begrenzung der Kosten auf die Höhe dessen, was bei Mandatierung eines gerichtsansässigen Rechtsanwalts angefallen wäre) passend, eine Ähnlichkeit des Tatbestandes (unterschiedliche Höhe der Gebühren im In- und Ausland) als Grundvoraussetzung einer Analogie ist aber schwerlich erkennbar.

Für die Rechtspraxis des OLG München gibt es daher keine deutsche Rechtsgrundlage, die Fassung des § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO spräche eher dafür, die Kosten des ausländischen Rechtsanwalts in der Höhe zu erstatten, in der sie aufgrund des Vertrages zwischen dem Rechtsanwalt und seinem Mandanten entstehen. Zulässig wäre es zwar, wie der EuGH dies ausgesprochen hat, die Kosten auf BRAGO-Sätze zu begrenzen. Dies ist aber nicht erfolgt. Wenn der EuGH aus Art. 4 der RiL 77/249/EWG folgert, dass ausländische Rechtsanwälte nach den gleichen Regeln tätig werden wie deutsche niedergelassene Rechtsanwälte, so ist dies § 91 Abs. 2 Satz 1 ZPO, der die Kostenerstattung ohne Einschränkung zulässt. Eine Begrenzung auf die Höhe entsprechender BRAGO-Sätze sollte der Gesetzgeber, wenn er dies denn wünscht, um weitere Unklarheiten zu vermeiden, gesetzlich in § 91 ZPO normieren³².

V. Die Erstattungsfähigkeit des Kosten des Einvernehmensanwalts

Die Kosten des Einvernehmensanwalts hat das OLG München bisher mit dem Hinweis für nicht erstattungsfähig erklärt, dass § 91 Abs. 2 Satz 3 ZPO dies ausschließe, da die Kosten mehrerer Anwälte die erstattungsfähigen Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen dürfen. Die österreichische Partei hätte von vornherein nur einen Münchener Rechtsanwalt mandatieren können(!). Eine Notwendigkeit, sich eines Einvernehmensanwalts zu bedienen, sei daher nicht gegeben³³.

30 MüKo-ZPO/Belz, 2. Aufl. 2000, Bd. 1, § 91 Rdnr. 25.

31 OLG München, RIW 1999, 389, 390.

32 So schon *Bach*, Rpfleger 1991, 7, 11.

33 OLG München, RIW 1999, 389.

Dass eine derartige Spruchpraxis das Recht der österreichischen Partei auf freie Anwaltswahl und damit mittelbar die Dienstleistungsfreiheit des österreichischen Rechtsanwalts behindert, erscheint nur zu offensichtlich³⁴. Bisher wurde die Erstattungsfähigkeit der Kosten des Einvernehmensanwaltes nach den Grundsätzen beurteilt, die für die Einschaltung von Verkehrsanwälten gelten. Diese Grundsätze variieren in der Rechtsprechung der Obergerichte³⁵. Diese Parallele negiert aber die Tatsache, dass die Einschaltung des Einvernehmensanwaltes nicht wie die Einschaltung eines Verkehrsanwaltes auf dem freien Willen der Partei, sondern auf der gesetzlichen Anordnung in Art. 28 EuRAG beruht. Wenn der deutsche Gesetzgeber der Ansicht ist, vorübergehend dienstleistende europäische Rechtsanwälte könnten ihre Dienstleistung in Deutschland nur im Einvernehmen mit einem bei dem Prozessgericht zugelassenen Rechtsanwalt erbringen, ist die Erstattungsfähigkeit dieser Kosten eine Selbstverständlichkeit. Eine Prüfung der Notwendigkeit am Maßstab des § 91 ZPO hat daher in Zukunft zu unterbleiben. Wenn der Gesetzgeber im Europäischen Rechtsraum das den § 91 ZPO durchziehende Gebot zu sparsamer Prozessführung realisieren will, bietet sich ihm die Möglichkeit, die Gouvernantenklausel in Art. 28 EuRAG zu streichen. Wenn es bei der jetzigen Rechtslage bleibt, werden Prozesse teurer. Dies hat aber nicht der EuGH, sondern der Gesetzgeber zu verantworten.

Priv.-Doz. Dr. Jens Adolphsen, Halle/Regensburg

34 Zu Recht hat der EuGH im vorliegenden Urteil diese mittelbare Verletzung der Dienstleistungsfreiheit genügen lassen. Hierzu Schlussanträge des Generalanwaltes *Mischo* vom 18. 9. 2003 Rdnr. 17.

35 Übersicht bei *Engels*, MDR 1999, 1043; Darstellung der Grundsätze des OLG München RIW 1999, 389 f.